

Los componentes públicos de la función notarial*

Antonio Rodríguez Adrados

1. La ley del péndulo y su continua actuación son sobradamente conocidas; pero en nuestros tiempos esta ley aparece enloquecida por otra ley, la de la aceleración de la Historia, y cuando todavía no hemos salido de una época de funcionarización –frontal, colateral, encubierta o paulatina– ya estamos en la época contraria de la privatización, que se presenta con tal radicalismo que más que movimiento de péndulo se dijera es el de la guillotina. El documento notarial y la función que le da vida, el notariado todo, situados en la confluencia de un oficio público y una profesión privada, pueden sufrir inmensos daños por una consideración unilateralmente privatística, e incluso daños irreparables por el choque en sus adentros de las dos corrientes contradictorias, la liberalizadora, que lanza a los notarios a la concurrencia del mercado, y la funcionarial, que les impide competir en él. Entre tanto, el rudimentario notariado estadounidense abandona sus maneras agresivas y reconoce, incluso, sus carencias, que intenta suplir mediante la nueva figura del ciber-notario, de nombre, al menos, extravagante, mientras espera ya sentado a que la tendencia funcionarizadora acabe con la actuación profesional de los notarios, y a que la tendencia liberalizadora coloque bajo mínimos a su función pública. Rebajando las tintas, a propósito exageradas, digamos que la situación es, al menos, inquietante.

Resulta, pues, oportuno tratar del punto fundamental, la función notarial y sus componentes; pero lo haremos no sólo por razones de actualidad, sino con la serenidad de quien se ocupa de un tema clásico sobre el que continuamente es necesario volver; y resaltaremos los componentes públicos porque quizá la doctrina moderna de los diversos países dándolos por supuestos, ha estudiado preferentemente las actuaciones privadas, a veces con notorio desequilibrio, y hasta en ocasiones la misma práctica padece distorsiones. Este ambiente de exaltación profesional facilita disposiciones como las del Decreto argentino 2284, de 31 de octubre de 1991 o la Ley Federal mejicana de Competencia Económica de 18 de diciembre de 1992, y posturas como las del Tribunal español de Defensa de la Competencia. Aquí son los *solicitors* los que esperan, y no precisamente sentados.

(*) Publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, año 100, nº 850 (Número Aniversario), noviembre 1997, p. 147-164.

2. Es imprescindible, al empezar este estudio, determinar con exactitud aquello que en sentido estricto o técnico constituye la función notarial¹; porque los notarios, salvo incompatibilidad legal, o atribución exclusiva a terceros, pueden llevar a cabo, por ser notarios, otras actuaciones que no pertenecen propiamente a su función notarial, aunque con frecuencia la fortalezcan.

La función notarial es primariamente documental; tiende a la creación del instrumento público; se exterioriza a través del instrumento público; y aunque ciertamente el documento no se entiende sin la función, ni ésta sin el notario, hemos de partir del documento notarial o instrumento público para caracterizar, en principio, la función notarial. Más en concreto hay que arrancar, como el origen histórico y el actual Derecho comparado nos demuestran, del instrumento público negocial, del documento notarial que en la técnica notarial española y de otros países se conoce por escritura pública².

La función notarial latina, la verdadera y genuina función notarial que da vida a la escritura pública, es una función compleja y esta complejidad, según reconoce la doctrina de manera prácticamente unánime, se debe a la continua presencia y actuación de componentes públicos y de componentes privados. Así ocurre en todos los países de Notariado Latino, aunque lógicamente con unas u otras particularidades, que no afectan a la esencia compleja de la función.

Pero no se trata de una mera yuxtaposición o de una mezcla de elementos heterogéneos; no hay dos funciones, una pública y otra privada, soldadas con mayor o menor consistencia, sino que hay una interacción de unos elementos en los otros; los componentes privados penetran en los componentes públicos y los modalizan, y de la misma manera también los componentes públicos penetran y modalizan los componentes privados; unos y otros, como en la especificación, se funden, dando lugar a una función nueva, distinta de sus componentes originarios, una función unitaria, típica, que es la función notarial. "La función notarial integral", en expresión de Emilio Garrido³.

Podemos, y también debemos para aprehender profundamente la realidad, seguir diferenciando los elementos públicos y los elementos privados; pero sin olvidar que se

(1) Cfr. mis dos conferencias en Granada, "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad" pronunciada el 08/11/1979 y publicada en la *Revista de Derecho Notarial* (RDNot), 107, enero-marzo 1980, pp. 255-409, en *Escritos Jurídicos*, II, pp. 213-321, y en la *Revista Notarial* (provincia de Buenos Aires), 1981, 858, pp. 1347-1475; y "De nuevo sobre la inescindibilidad notarial" pronunciada el 25/10/1996 y publicada en el *Boletín de Información* de su Colegio Notarial, junio 1997, separata Nº 27, p. 39.

(2) Esto no quiere decir que sea "secundaria" la actuación notarial respecto de hechos jurídicos no negociales, "actas" en nuestra técnica, como suele afirmarse en la doctrina italiana; cfr. GIRINO, Giovanni, "Le funzioni del notaio", *Rivista del Notariato* (RivNot), 1983, pp. 1078 y ss.; o LAURINI, Giancarlo, "Il ruolo del notaio nel sistema italiano ed europeo di giurisdizione volontaria. Attualità e prospettive", *RivNot*, 1989, pp. 315 y ss. Más adelante (Nº 7) nos referiremos a las actas de calificaciones jurídicas del notario.

(3) GARRIDO CERDA, Emilio y MARTÍNEZ PERTUSA, Pedro, "Funciones públicas y sociales del notario" (Ponencia para el XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995), Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p. 121.

trata ya de una mera distinción intelectual, porque en la realidad misma de las cosas sus originarios componentes no solamente han perdido su pureza, pública o privada, sino que, al fundirse, han dado lugar a una nueva *species*, a una *res nova*, a una entidad y función distintas, que no cabe ya escindir en elementos públicos y elementos privados. El Parlamento Europeo, en Resolución de 19 de enero de 1994, formula la misma idea, concretándola en los elementos más característicos: "actividades indisolubles de asesoría y de legalización".

No hay que extrañarse de ello, porque ante la unidad del Ordenamiento, derecho público y derecho privado constituyen solamente, como enseñó Ulpiano, perspectivas diversas, *dua sunt positiones* (D, 1. 1. 2). Mucho menos debiera extrañarse nadie en nuestros días.

3. Los componentes públicos y los componentes privados tienen distinta categoría en la constitución de la función notarial.

"El Notariado o es latino o no es Notariado", declaró terminantemente la moción presentada por la "Comisión Pietro Micheli"⁴. Y ciertamente, un notariado funcionarizado es incompatible con la libertad del individuo y de los grupos, con la economía de mercado y con el desarrollo económico; es un notariado empobrecido y empobrecedor, propio de regímenes políticos autoritarios o totalitarios que, cuando no se trata de meros residuos históricos, nada tiene que hacer en una democracia moderna⁵. Pero a pesar de todo, el notariado funcionarizado es un notariado que dota de fe pública a sus documentos. En cambio, la profesión privada de documentación jurídica, por elevadas que sean su cultura y su práctica jurídicas, constituirá a lo sumo una especialidad dentro de la abogacía, pero no un notariado; con continuos riesgos de desaparecer, por tanto, diluida en la profesión de abogado.

La función pública es, pues, constitutiva del notariado. Por eso no eran notarios los *tabeliones* justinianeos, profesionales de la documentación cuyos instrumentos, lejos de hacer fe como requiere la autenticidad corporal, necesitaban que se les impusiera la fe, *imponere fidem*⁶, según patentiza la rúbrica de la Novela 73 en la versión del *Authenticum*: "*Quomodo instrumentis quae apud iudices insinantur fidem addere oporteat*"; y por eso, y a pesar de tantas veleidades, no son notarios los *solicitors* ingleses, sino que, como escribió Dumezil, "el notariado no es una institución universal; hay una

(4) *RDN*ot, 107, enero-marzo 1980, p. 445.

(5) Cfr. mi trabajo "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios", *RDN*ot, 104, abril-junio 1979, pp. 303-409; *Escritos Jurídicos*, II, pp. 369-444; y *Revista Notarial* (provincia de Buenos Aires), 1981, 859, pp. 1803-1888.

(6) *CI*, 4.21.18, "*instrumentis fidem adhibere*"; *CI*, 4.21.20, "*fides imponatur*"; *CI*, 4.21.21, "*fidem imponuerit*"; *NovI*, 73, "*fidem dari documentum... fidem suscepit documentum*". Cfr. mi "La persistencia histórica de la oralidad en la escritura pública", *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1996, p. 260, especialmente pp. 185 y ss., y *Escritos Jurídicos*, VI, pp. 439-638.

*Europa con, una Europa sin*⁷; condenadas a entenderse, desde luego, pero no desde el error o la tergiversación; y, por lo mismo, en fin, tampoco son notarios nuestros abogados, aunque redacten magníficos documentos privados.

4. Al ser la función pública constitutiva de la función notarial, tenemos que encontrarla forzosamente en los orígenes mismos del notariado.

Sin embargo, la doctrina –incluso los historiadores ajenos al notariado– ha insistido quizá demasiado en que los notarios traen su origen en los profesionales libres de la documentación privada, en los tabeliones del Derecho romano postclásico y sobre todo justiniano, y no en los variados funcionarios judiciales o administrativos, muchas veces de ámbito local, que en los diversos tiempos y lugares y para llenar el vacío provocado por la inexistencia del notariado, tuvieron que desempeñar algunas actividades que no eran propias de sus cargos y que hoy incluiríamos en la función notarial.

Ello es cierto; cuando en los siglos XI y XII aparecen en la Padania los notarios, no desarrollan el modelo de los *tabularii*, funcionarios que no podrían hacer frente al incremento del número y variedad de los instrumentos derivado del aumento de riqueza, sino que parten del modelo de los documentadores libres, de los *tabelliones*, y de éstos reciben desde el nombre, hasta el modo de actuar y sus formas y fórmulas documentales; pero también es cierto que los tabeliones empezaron a ser notarios cuando, con la Glosa, absorben las funciones públicas de los tabularios, se convierten ellos mismos en personas públicas, y sus documentos devienen documentos públicos⁸.

Algo semejante ocurrió entre nosotros⁹; pero en todo caso el carácter público del notariado está declarado en las Partidas, 3.19.3: “Poner Escribanos es cosa que pertenece al Emperador, o al Rey. E esto es, porque es tanto como uno de los ramos del Señorío del Reyno”. A esta declaración terminante de principios se une su aplicación de hecho, pues en una concepción *pan-escribanil*, si se nos permite la expresión, característica de la legislación alfonsina –Espéculo y Partidas–, se regulan conjuntamente, y en la medida de lo posible se unifican, las “*dos maneras*” de escribanos, “los unos que escriben los privilegios, e las cartas, e los actos de la casa del Rey, e los otros, que son los Escribanos públicos, que escriben las cartas de las vendidas, e las compras, e los pley-

(7) DUMEZIL, Georges, “Préface”, en POISSON, Jean-Paul, *Notaires et société - Travaux d'Histoire et de Sociologie Notariales*, Económica, París, 1985, p.736.

(8) Ejemplos: Documentador, Instituciones de Justiniano, 1.11.3: “*Personae publicae, hoc est, tabulario*”; Glosa f), “*Personae publicae, hoc est, tabellioni*”. Documento, Novela 73, Capítulo V, “*sed et instrumenta publice confecta licet tabellionem*”; Glosa d), “*nunc facit transitum ad publica instrumenta*”. El documento pasa a ser público cuando su autor adquiere el carácter de persona pública.

Pueden verse en CI, 6.22.8 las funciones concretas de redacción del testamento oral y lectura del testamento escrito del ciego, que realiza el tabulario, y no el tabelio aunque está presente, ejerciendo sus funciones documentadoras.

(9) CANELLAS LÓPEZ, Ángel, “El Notariado en España hasta el siglo XIV: Estado de la cuestión”, en *Notariado público y documento privado: de los orígenes al siglo XIV - Actas del VII Congreso Internacional de Diplomática - Valencia*, 1986, Generalitat Valenciana, 1989, I, pp. 99-139.

tos, e las posturas que los omes ponen entre sí en las Cibdades e en las Villas” (P, 3.19.1)¹⁰. Este tratamiento legal en buena medida unitario de los que hoy llamamos funcionarios de la administración y de los notarios se mantiene en las Cortes de Toledo de 1480 y en las Ordenanzas Reales de Castilla, pasa a las Indias y explica la variedad de escribanos de la Administración con que en ellas aparecen revueltos los Escribanos del Número y los Escribanos Reales¹¹, sigue en la Nueva Recopilación, y no desaparece hasta la Novísima Recopilación de 1805.

La determinación de los posibles elementos privados en esa función pública notarial a lo largo de tantos siglos es tarea imposible; sobre todo cuando todavía flotaban residuos feudales, que confundían lo público y lo privado, y dominaba una concepción patrimonial del Estado. Pero señalemos, desde el punto de vista actual de su formación jurídica, que aunque los escribanos, en tesis general, no fuesen demasiado “entendidos de la Arte de la Escribanía” como quería el Rey Sabio (Partidas, 3.19.2), ni tampoco consiguieran levantar apreciablemente su nivel general los exámenes ante el Consejo de Castilla, exigidos por los Reyes Católicos en la ley 73 de las Cortes de Toledo de 1480 y por Carlos V en la pragmática de La Coruña de 1554, es lo cierto que los escribanos medios ponían al servicio de la sociedad unos conocimientos empíricos suficientes para una contratación limitada y un tanto repetitiva. Aparte de que los escribanos titulares de “oficios enajenados” constituyeron quizás un verdadero supuesto de ejercicio privado de funciones públicas¹².

5. Durante más de un siglo, las leyes notariales de los diversos países, siguiendo a la francesa, definieron o describieron a los notarios solamente por su función pública. Es muy frecuente leer que así ocurría porque la función pública era la única que competía regular a la ley notarial; pero hay una razón más profunda, en la que venimos insistiendo: la función pública es la constitutiva del notariado.

Esa función pública de notario viene designada con dos expresiones diferentes, autenticidad y fe pública.

La ley francesa (25 de Ventoso - 5 de Germinal del año XI; 16 de marzo de 1803) estableció que la función notarial consistía en “dar (a los actos y contratos) el carácter de autenticidad (*“le caractère d’authenticité”*) unido a los actos de la autoridad pública”

(10) BONO HUERTA, José, “La Legislación Notarial de Alfonso X el Sabio: sus características”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 29 de noviembre de 1984, publicada en sus *Anales*, XXVII, pp. 27-43.

(11) Cfr. mi trabajo “El Derecho Notarial castellano trasplantado a Indias”, en *Escribanos y Protocolos notariales en el Descubrimiento de América*, Consejo General del Notariado, 1993, pp. 47-70, y *Escritos Jurídicos*, I, pp. 475-507; HIDALGO NUCHERA, Patricio, *Los escribanos en la Recopilación de Leyes de Indias*, “De indios y notarios”, Colegios Notariales de España, 1995, primera parte, págs. 13-77; y, sobre todo, GUAJARDO-FAJARDO CARMONA, María de los Ángeles, *Escribanos en Indias durante la primera mitad del siglo XVI*, Consejo General del Notariado, 1995, tomo I, p. 555, tomo II, p. 522.

(12) Así GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de Derecho Notarial*, I, Madrid, 1948, p.24.

(artículo 1); en perfecta concordancia con la tradición francesa que no utiliza la terminología de "documentos públicos", sino la de "*actes authentiques*", según recogería el Código Civil de Napoleón que entonces se estaba ultimando. Acepta Bélgica literalmente la fórmula francesa, y también Luxemburgo, que la mantiene en la Ley Notarial de 1976, no modificada en este punto (artículo 1) por la ley de 1991.

La ley española de 1862, por el contrario, dispone que el notario está "autorizado para dar fe" de los contratos y demás actos extrajudiciales (artículo 1), expresión que igualmente aparece en la ley italiana de 1913, "*attribuire loro pubblica fede*", atribuirles la fe pública (artículo 1), en concordancia con su Código Civil de 1865, y que permanece en el vigente de 1942.

Ambas expresiones son coincidentes y no tiene demasiado sentido acumularlas, "autorizado para dar y autenticidad", que dice la Ley de Puerto Rico de 1987. Las dos, en efecto, nos llevan al campo de la prueba, y más en concreto a la prueba procesal y, por tanto, al menos inicialmente, al terreno de los hechos. La autenticidad francesa es una fuerza probante, que alcanza incluso efectos ejecutivos. La *fides* es también la prueba; recordemos los textos que hablan de la "fe" de los testigos, incluida la misma rúbrica del Código Teodosiano en que por primera vez se sistematiza la materia documental: *De fide testium et instrumentorum* (11.39); y *fides publica* es la prueba pública, de eficacia probatoria pública, que excede a la de las pruebas meramente privadas.

La naturaleza pública de esa función notarial de atribuir autenticidad o fe pública a los actos y contratos viene resaltada por este mismo adjetivo, "pública", o por la referencia de la Ley francesa a la autenticidad que tienen los actos de la autoridad pública.

6. La actividad profesional del notario se fue prontamente desarrollando dentro de esa función pública que proclaman las leyes notariales, como actividad de consejo jurídico; se trata de un consejo vinculado a la formación de la voluntad que recoge el instrumento público y, por tanto, a la función notarial misma; un consejo importante y, como veremos, indispensable, pero en todo caso accesorio a la función instrumental, por lo que con toda propiedad podemos llamarlo consejo jurídico instrumental o funcional.

En Francia, la temprana doctrina de la jurisprudencia sobre el *devoir de conseil* de origen legal, tenía su apoyo en los mismos materiales prelegislativos de la Ley de Ventoso, las Relaciones de REAL al Consejo de Estado, de Favard al Tribunado y de Joubert al Cuerpo Legislativo.

En España, la misma Ley del Notariado completó su inicial dación de fe de los contratos y demás actos judiciales, disponiendo que "el notario redactará escrituras matri-

ces” (artículo 17), y el artículo 147.1 del Reglamento Notarial (redacción del Real Decreto 1209/1984, de 8 de junio) elucidó la norma legal: “El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción”; se trata, pues, de un consejo instrumental, vinculado a la función autorizante, que el artículo 1º del Reglamento parece sobrepasar: en 1935 declara que “los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos”, y en 1944 añade que “como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar” (artículo 1.2).

Pero para su tiempo hay que destacar, sobre todo, a la Ley italiana de 1913 que, junto a la dación de fe del artículo 1, introduce un luminoso artículo 47.3: *Spetta al notaio soltanto d’indagare la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione integrale dell’atto*: corresponde sólo al notario indagar la voluntad de las partes y dirigir personalmente la compilación integral del acto; el Proyecto Gonella, 1979, llevaba literalmente esta norma al artículo 1º de la ley italiana, como párrafo segundo, con lo que la actuación profesional del notario hubiera alcanzado una posición de mayor relieve, pero conservando su naturaleza instrumental.

Las legislaciones modernas suelen hacer resaltar este consejo instrumental; pero, ¿cuál es su naturaleza?¹³.

a) La opinión más obvia consiste en considerar que esa función de consejo conserva su naturaleza de función privada. El Reglamento Notarial español siembra al menos la duda en su artículo 1º, pues después de afirmar como acabamos de ver que los notarios son “a la vez” profesionales del Derecho y funcionarios públicos, narra en párrafos separados la misión de asesoramiento y consejo que los notarios tienen como profesionales del Derecho, y la fe pública notarial que ejercen como funcionarios públicos. En consonancia, González Palomino –no le hubiera gustado que se le atribuyese una posición “reglamentaria”– distingue por un lado las actividades que componen el quehacer real del notario, las “funciones de oficio”, de “redactar, autorizar y conservar el instrumento público y expedir copias del mismo”, actividades en que “se materializa la de dar fe”, y por otro lado “la actuación de puro jurista”, la de “contribuir a la formación y afirmación de la voluntad de los otorgantes” que “aunque la ejerza el notario

(13) La cuestión no se plantea, claro es, para quienes consideran que toda la función notarial es pública; puede verse, como ejemplo, la última posición de Mezquita: “todas las funciones que como *Notario* se ejercen son sin excepción de naturaleza *pública* –como las de los funcionarios– y no privada: desde la fe pública, pasando por el control de la legalidad, hasta la información y el asesoramiento equilibradores” (MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, “Sobre la determinación del marco jurídico propio de la Mutualidad Notarial y aspectos adyacentes”, *La Notaría*, 6 de junio de 1996, p. 45).

por ser notario y para actuar como notario eficiente, no forma parte del quehacer del notario como notario", "no es función del notario"¹⁴.

Fácilmente se advierten las consecuencias que podrían deducirse de esta escisión; por declaración de simples incompatibilidades, la funcionarización habría encontrado un fácil camino. Una nueva consecuencia derivaría hoy para los países de notariado latino miembros de la Unión Europea; la libertad de establecimiento (y la de prestación de servicios) de profesionales exigida por el mercado común tiene una excepción, consignada ya en el artículo 55 del Tratado de Roma, para las actividades que en el Estado receptor "estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público", de *l'autorité publique* que dice el texto francés, mostrando su clara inspiración en el artículo 1º de la ley de Ventoso, por lo que no cabe duda de que en esta excepción queda incluida la profesión notarial¹⁵. Pero la excepción fue objeto de interpretación restrictiva por el Tribunal de Justicia en sentencia de 21 de enero de 1974, en el conocido caso *Reyners*, en el sentido de que una profesión no quedaría exceptuada en su totalidad de la libertad de establecimiento cuando las actividades que en ella participan del ejercicio de la autoridad pública constituyan un elemento separable del conjunto (*l'élément détachable de l'ensemble*), y aunque la sentencia fue dictada respecto de los abogados, no cabe duda de que su doctrina sería igualmente aplicable a los notarios, según confirma la respuesta Bangemann de 19 de mayo de 1989, si entre las actividades que integran su profesión hubiera algunas de naturaleza privada, escindibles de su función pública.

b) También resulta fácil defender la posición contraria; que ese consejo instrumental tiene naturaleza jurídica pública. Hacia ella parece que se inclina el *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*, Buenos Aires, 1948:

El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar, y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos públicos adecuados a este fin, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

No nos dejemos engañar por su afirmación inicial sobre el notario profesional del Derecho; porque puede ser un profesional en cuanto a la manera de realizar su función, pero quizá no en cuanto a su contenido, que resultaría ser solamente una función pública, magníficamente descrita, en la que quedaría absorbida la que hubiera sido actuación profesional de fondo.

(14) GONZÁLEZ PALOMINO, José, op. cit. supra nota 12, p. 123, nros. 1 y 57.

(15) Cfr. BOLAS ALFONSO, Juan, "Reflexiones sobre la naturaleza del Notario español", *La Notaría*, 9 de septiembre de 1996, pp. 29-55.

“Obligación fundamental del notario en orden a su función, institucionalmente –nos dice Mario Detti¹⁶–, es la de reproducir en el documento la realidad... Pues bien, entra dentro de la esfera de la actividad institucional obligatoria del notario todo cuanto es indispensable para realizar esta obligación fundamental”, y por ello “*el ejercicio de la función documental implica en efecto, él mismo, la prestación de informaciones legales*”. Pero posteriormente, en su intervención en el Congreso de Bolonia (1966) Detti¹⁷ ya no distingue entre “información” y “consejo”: “la necesidad de la prestación jurídica es una obligación del notario que deriva directamente de su función de acertar la voluntad de las partes para reducirla al documento”, pues “a falta de la actividad jurídica, el notario sería un reproductor de realidad física”.

Afirma por su parte Girino¹⁸ “que es núcleo esencial de la función primaria (del notario) la indagación de la voluntad de las partes y su reducción en el documento público”; ahora bien, como el notario es público funcionario y libre profesional, pero “nunca es simultáneamente lo uno y lo otro”, Girino traspassa el consejo funcional a la función pública, de manera que el notario “estipula como público funcionario, no como profesional privado” “el contrato de obra notarial”, contrato de obra intelectual “atípico”, sin perjuicio de los otros contratos que pueda celebrar como profesional.

c) La fe pública, en efecto, sin dejar de ser una y la misma, tiene que modalizarse según la naturaleza de aquellas realidades a que se aplica. Una cosa es la realidad física, y otra muy distinta son los actos humanos y, sobre todo, las declaraciones negociales. Si esta realidad jurídica se llevase al documento como mera realidad física no quedaría recogida con exactitud, como el mismo concepto de fe pública exige; porque la “voluntad” que los otorgantes traen al notario, es muchas veces una voluntad deformada, errónea, incompleta, imprevisora, ilegal; y el notario, con sus informaciones, sus consejos, su labor de adecuación, ayuda a formar la “verdadera voluntad”, única de la que un notario puede dar fe.

La fe pública exige, pues, ineludiblemente la labor profesional del notario, su actuación como verdadero profesional del Derecho, y no sólo en cuanto a su manera privada de ejercitar una función que por su naturaleza es pública, sino porque tiene que cuidar de los intereses públicos y al mismo tiempo de los intereses privados de sus clientes; su labor, como escribió D’Orazi Flavoni¹⁹, creador de una doctrina de la “adecuación” en buena parte superadora de la del consejo, se encamina a la “actuación del interés privado dirigido a conseguir, a través de la obra del técnico, una sólida y eficiente estructura del supuesto de hecho concreto puesto en ser”; tiene que adecuar la voluntad

(16) DETTI, Mario: “Natura del rapporto notarile, irricevibilità dei negozi illeciti, vendita di cosa pignorata, atto costitutivo di S.R.L. senza preventivo deposito del capital versato”, *Riv-Not*, 1964, pp. 184 y 181.

(17) DETTI, Mario: “*Il Notariato e la società moderna*”, *RivNot*, 1966, p. 658.

(18) GIRINO, Giovanni, op. cit. supra nota 2, pp. 601, 584 y 595-96.

(19) D’ORAZI FLAVONI, Mario: “*Sul contenuto della prestazione notarile*”, *Il Foro Italiano*, LXXXII, 1959, p. 154.

común de las partes al ordenamiento, pero también tiene que adecuar el ordenamiento jurídico a la voluntad lícita de las partes, adaptando a ella sus esquemas y hasta creando, si fuere preciso, un negocio atípico. Ello es tan obvio que frecuentemente pasa inadvertido y, sin embargo, lo cierto es que quien quiere otorgar un testamento ante notario –un ejemplo vale a veces por muchas consideraciones abstractas–, quiere que su testamento esté dotado de fe pública para que pueda ejecutarse en su día con seguridad, pero antes que nada quiere otorgar testamento, y quiere hacerlo con el asesoramiento de un jurista profesional.

Ciertamente los primeros estadios de esa actividad profesional, los de mera información, podrían incluirse en la misma función pública, pero de ninguna manera el consejo, “práctica prudencial” como nos dice Vallet²⁰, ajena a la misión de un funcionario, por grande que sea la amplitud que quiera dársele. Tampoco es posible disecar los momentos en que el notario actúa como funcionario o como profesional, según intenta Girino²¹ sobre todo respecto de los negocios anómalos, ni el cliente comprendería la negativa del notario funcionario acompañada de la actuación del notario profesional.

En la realidad, ambas funciones –la pública y la privada– se han modalizado mutuamente. En la fe pública se ha interferido la actuación privada, según hemos descrito; y también la actuación profesional privada se distancia de la que puede desarrollar un profesional libre, porque el notario tiene que velar siempre por los intereses públicos, los de los terceros, y los de ambas partes contratantes, con una imparcialidad que no incide en la fe pública –la parcialidad originaría falsedad– sino en la actuación privada, pero que es consecuencia de la función pública; y “sin mengua de su imparcialidad –dispone el artículo 147.3 del Reglamento– (...) prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella”. Estamos, pues, ante una fusión de elementos públicos y privados, de la que ha surgido esa función notarial típica, unitaria, pública y privada a la vez y, por lo tanto, sin posibilidad de escisión en unos y otros componentes; “los notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos”, dice el artículo 1º de nuestro Reglamento Notarial; y la Norma general segunda de aplicación de los Aranceles (RD 1426/1989, de 17 de noviembre, Anexo II) saca la consecuencia: “El notario no podrá percibir cantidad alguna por asesoramiento o configuración del acto o negocio, cuya documentación autorice”. “Actividades indisociables de asesoría y de legalización”, en expresión, ya citada, de Resolución del Parlamento Europeo.

7. La Relación de REAL en los trabajos prelegislativos de la Ley de Ventoso, calificaba a los notarios de “consejeros desinteresados” de las partes, sin vincular expresamente esa labor de consejo al acto auténtico, y de “jueces voluntarios”, en paralelismo con

(20) VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Metodología de la determinación de Derecho*, II (Parte sistemática); Centro de Estudios Ramón Areces - Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 6.

(21) GIRINO, Giovanni, op. cit. supra notas 2 y 18, pp. 599 y ss.

los jueces que dirimen las diferencias, lo que también daba un más amplio horizonte a la actuación notarial. La función notarial, por exigencias de la práctica jurídica, y quizá con aquellos precedentes, deja de estar vinculada en forma exclusiva al instrumento público negocial, que continúa siendo su forma documental primaria, para extenderse a muchos actos de jurisdicción voluntaria, especialmente por medio de actas de calificaciones jurídicas, que tienen como contenido esencial una calificación jurídica efectuada por el notario tras la comprobación por el mismo del correspondiente supuesto de hecho²². Componente público esencial de estas actas es esa calificación o juicio del notario, a que el acta tiende, y que no es el juicio de un profesional, sino que tiene que ser un juicio de funcionario u oficial público para que tenga eficacia jurídica; y junto a él, como siempre, aunque con especialidades, el componente privado del consejo.

Al interpretar la declaración sobre la función notarial del *Primer Congreso Internacional del Notariado Latino*, y el mismo artículo 1 del Reglamento Notarial español, dejaba por mi parte flotando una duda; porque estos textos, y otros nacionales que parten de la afirmación de que el notario es un "profesional del Derecho" parecen dejar la puerta abierta a una concepción más amplia de la profesión notarial.

En este sentido se pronuncia claramente la *Declaración de Madrid*²³. Su párrafo primero define al notario como "oficial público", con una función instrumental, de negocio jurídico, que describe de acuerdo con las expresiones francesas de autenticidad, fuerza probatoria y fuerza ejecutiva; y el comienzo del párrafo segundo refiere la profesión liberal del notario al fin de dotar de la necesaria independencia a su actividad, que parece no es otra que la función pública, única que se ha mencionado; pero el párrafo acaba proclamando que esa profesión liberal del notario "abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas". No creo que tal omnicomprendibilidad pueda sostenerse; pero evidentemente se quiere extender la actuación notarial a algunos ámbitos de la que, aunque sea sólo por aproximación, se suele llamar jurisdicción voluntaria.

8. Alrededor de un instrumento notarial concreto, y para su mayor perfección y eficacia, se hacen posibles una serie de actuaciones del notario, que suelen denominarse con D'Orazi²⁴, de adecuación facultativa y que pueden ser preliminares, coetáneas o posteriores a la autorización de dicho instrumento público; preliminares como la prác-

(22) Cfr. mi trabajo "Cuestiones de técnica notarial en materia de actas", *III Jornada Iberoamericana*, Palma de Mallorca, 1987; *RDNot.* 136, abril-junio 1987, pp. 13-282; y *Escritos Jurídicos*, IV, pp. 9-202.

(23) La *Declaración de Madrid* (Acuerdo de la Conferencia Permanente de los Notariados de la Comunidad Europea de 23 de marzo de 1990) comienza con estos dos párrafos: "El Notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar su actividad de la necesaria independencia, el Notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas".

(24) D'ORAZI FLAVONI, Mario, *La responsabilità civile nell'esercizio del Notariato*, "Contributi Giuridici della Scuola di Notariato", "A. Anselmi" nel suo primo decennio (1949-1958), Milano, Giuffrè, 1958, p. 69.

tica de operaciones particionales o redacción de estatutos sociales; coetáneas, porque el notario puede aceptar mediante contrato el incremento de sus obligaciones respecto del esquema legal por el que se rigen; y sucesivas como la gestión del documento en oficinas fiscales y registros públicos.

Por estrecha que sea su relación concreta con la función instrumental, estas actividades del notario caen fuera de ella, y una vez más comprobamos que donde no hay función pública no hay función notarial, que la función pública es constitutiva de la función notarial. No existe, en consecuencia, obligatoriedad de prestación de funciones; no hay exclusividad en la función, sino concurrencia con otras profesiones (abogados, asesores fiscales, gestores administrativos, etc.); pueden originar una responsabilidad contractual, pero no la responsabilidad disciplinaria notarial; la remuneración del notario no está sujeta a arancel. Estas dos últimas afirmaciones han de ser matizadas, sin embargo, por la consideración reiteradamente alegada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en tema de gestión de documentos, de que aunque esas actividades no son efectuadas por los notarios "como" notarios, se les son encomendadas por los particulares precisamente "por ser" notarios; también hay que tener en cuenta las atribuciones que corresponden a los Colegios Notariales en su carácter de Colegios Profesionales.

9. Otras ampliaciones de la actividad de los notarios en sentido puramente profesional se han desarrollado especialmente en Francia o, mejor dicho, en algunos territorios franceses casi coincidentes con los del antiguo "*droit coutumier*", al norte del Loira (de donde pasaron a Bélgica), con exclusión de la región parisina y, en general, de los grandes núcleos urbanos y, claro es, de Alsacia.

Entre estas actividades suelen citarse algunas que evidentemente pueden realizar y de hecho realizan los notarios en casi todas partes, aunque en la práctica no sean excesivamente frecuentes, como las subastas voluntarias; mientras que otras son totalmente ajenas a la generalidad de los notariados de tipo latino, como la colocación de capitales o la administración de patrimonios. Especial consideración merecen dos de ellas, el consejo jurídico y la negociación.

a) Consejo jurídico. El notario, imparcial por naturaleza, está en las mejores condiciones para desempeñar la función de árbitro, cada día más difundida, salvo que una ley concreta lo impida, como la absurda e inconstitucional ley española 36/1988, de 5 de diciembre de 1988; también puede emitir dictámenes, e incluso devolver a este género literario, con su imparcialidad, el prestigio que en otros tiempos había tenido.

Se trata, en todo caso, de actuaciones minoritarias. El problema está en la consulta jurídica autónoma, habitual en los despachos, y bien difícil de deslindar del consejo funcional; suele prestarse por los notarios gratuitamente, y quizá su remuneración

vigorizaría las consultas, y el primer beneficiado sería el público. Aquí está la raíz de una verdadera función de dirección jurídica.

b) *Negociación*. La puesta en contacto de las posibles partes contratantes, con mayor o menor extensión, en las ventas y arrendamientos inmobiliarios y en los préstamos hipotecarios, tendría la ventaja de anticipar la actuación del notario a los estadios incipientes del negocio jurídico; pero es ajena a nuestras costumbres²⁵.

Lejos de las ideas de Magnan²⁶, para quien el ejercicio tradicional de la función notarial conectado al instrumento público, al que califica de "culto del monopolio de la autenticidad" y hasta de "concepción integrista", origina la "esclerosis del notariado", nos parece que el instrumento público constituye el núcleo que define la función notarial, mientras que no pasan de periféricas esas otras actividades, que no son función notarial.

Desde la perspectiva del derecho comunitario europeo y de la sentencia *Reyners* nos parece claro, en consecuencia, que estas actividades no conllevan una función pública, y que son separables de la función instrumental. Pero no basta esta escindibilidad para admitir el libre establecimiento; es preciso que las actividades escindidas sean suficientemente significativas de la profesión de notario, pues en otro caso se originaría una inmensa confusión, lo más contrario a un mercado libre. No creemos, por tanto, que un notario francés, por ejemplo, pudiera establecerse en España para llevar a cabo como tal notario esas actividades puramente profesionales, cuando no podría autorizar instrumentos públicos, que es lo que tipifica en España al notario y a su función, y que tiene carácter público. Y lo mismo ocurriría en los demás países comunitarios de notariado latino, porque la afirmación de Martin²⁷ de que "las actividades liberadas representan en general las dos terceras partes de la práctica notarial", lo que las haría socialmente significativas de la profesión de notario, carece de toda aproximación a la realidad; no puede sostenerse en absoluto ni respecto a Francia o Bélgica, en que las actividades privadas, como hemos visto, están más desarrolladas que entre nosotros; y menos se sostiene tal afirmación si solamente se citan como actividades libres el consejo y el arbitraje, según hace Martin, omitiendo por ejemplo la administración de patrimonios, las subastas voluntarias o la negociación inmobiliaria; a no ser que en el consejo haya introducido subrepticamente el consejo funcional, inescindible del instrumento.

(25) Cfr. el Anexo al Reglamento Nacional francés, *Règles relatives à la négociation*, aprobado por el Guardasellos, Ministro de Justicia, el 27/5/1982; y en la doctrina belga, *ГАМБЬЕ*, Baudouin: "Notariat et négociation", *Revue du Notariat Belge*, 1979, pp. 6-29.

(26) MAGNAN, Jean Louis, *Le notariat et le monde moderne*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, p. 356; las palabras citadas en pp. 141, 153 y 101, respectivamente.

(27) MARTIN, Clarisse, *La profession notariale dans la perspective du marché intérieur*, Universidad de Rennes, diciembre de 1988, p. 88.

10. La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial sería gravemente dañosa para el interés público y para la paz social si el negocio notariado pudiera estar viciado en su sustancia, pues haría que en muchos casos prevaleciesen negocios ilegales o fraudulentos; o que, para evitarlo, hubiera que acudir al proceso, cuando una de las finalidades de la institución notarial es precisamente la de reducir la conflictividad judicial. Un negocio jurídico ilegal, por ejemplo, que pudiera formalizarse en instrumento público gozaría de una presunción de validez, o al menos de una apariencia de legalidad; sería preciso ejercitar una acción judicial para eliminar esa apariencia; se producirían, entre tanto, unos efectos jurídicos en el ámbito extrajudicial; también podrían aparecer terceros; y, en resumidas cuentas, la ilegalidad acabaría con frecuencia triunfando; la prescripción-adquisitiva o extintiva purificaría finalmente las situaciones de hecho. Y sobre todo, los instrumentos públicos no podrían ser los títulos que articularan la vida jurídica extrajudicial, y su valor quedaría notablemente depreciado.

No es suficiente pensar, con Baratta²⁸, que:

La prohibición (de autorizar determinados actos), desde un punto de vista general, no puede considerarse sólo dirigida a un notario, pues las normas son puestas para todos los ciudadanos, por lo cual los comportamientos prohibidos por la ley operan frente a todos: por tanto, el precepto en examen (el artículo 28.1 de la Ley Notarial italiana, de que luego tratamos) puede, con fundamento, considerarse superfluo. Aparece del todo inoperante en las consideraciones peculiares del notario.

Aquellas consideraciones, muy al contrario, exigen unas facultades de control sobre el contenido del documento, que no pueden ser encomendadas a un profesional, por elevada que sea su formación jurídica, porque se trata de una función pública, que se atribuye al notario por su carácter de funcionario u oficial público.

Extrañan la tardía aplicación de esta función notarial y la lentitud con que fue abriéndose paso en la evolución histórica, frente a la monolítica consideración de la fe pública como función notarial única. Siempre hubo, desde luego, disposiciones concretas, respecto de ciertas ilegalidades que el legislador estimaba de la máxima relevancia, y que se formulaban técnicamente como prohibiciones de autorizar; la Glosa fundamentaba en ellas la necesidad de que los tabeliones tuvieran conocimientos jurídicos, opinión que en gran medida sigue el Abad Panormitano, y hemos de llegar a Baldo para

(28) BARATTA, Vincenzo, "Il nuovo ordinamento del Notariato", *RivNot*, 1966 p. 201; y "La natura giuridica della funzione notarile", en *Il Notariato nella società moderna e le sue funzioni*, XV Congresso Nazionale del Notariato - Verona, 14-20 maggio 1966, Palermo 1966, p. 204; respectivamente.

que la *iuris permissio* se convierta en uno de los requisitos generales de la autorización notarial²⁹, por cierto sin demasiado eco.

Al ir aumentando su número, aquellas prohibiciones se reunían, con algunos mandatos, en una *Instrucción* o catálogo abreviado, que llegó a tener carácter oficial³⁰, y fuera de ellas el notario podía actuar lícitamente, sin incurrir en responsabilidad alguna, aunque el negocio contenido en la escritura fuera nulo. Esta situación se mantiene en Febrero para quien el escribano debe saber y tener presente "lo que no debe hacer, por estarle prohibido, para no incurrir en pena, porque si la ley no se lo prohíbe, aunque el contrato se anule por algún pacto ilegal de los contrayentes, o por otro motivo, no será cargo contra él, pues en dando fe de que así lo otorgan, cumple, y ellos vean lo que hacen, y aconséjense de Letrado que los dirija"³¹; palabras especialmente significativas en boca de Febrero, que fue quien demostró con los hechos, escribiendo su *Librería de Escribanos*, el diferente alcance que podía tener nuestra función, en sus componentes públicos y en sus componentes privados, cuando se ejerciera con una formación jurídica adecuada.

Es, pues, mérito evidente de la Ley Notarial italiana de 1913 la introducción del artículo 28: "El notario no puede recibir actos: 1) Si están expresamente prohibidos por la ley o son manifiestamente contrarios a las buenas costumbres o al orden público". La doctrina de su país, especialmente desde mediados de nuestro siglo, ha venido dedicando a esta norma las mayores alabanzas: "espinas dorsal de la ley misma"³², "quicio de nuestra función"³³, "norma que eleva y cualifica la función del notario"³⁴, "ennoblece la función de nuestra profesión"³⁵ y conduce a "una definitiva emancipación del notario del gastado cliché del mero «documentador»"³⁶; como escribió Kustermann "cuanto más artículo 28, tanto más notariado"³⁷. La jurisprudencia italia-

(29) Glosa *Servituti* a la ley *Generalis*, CJ, 10.69.3: "*An autem debeat scire leges? videtur quod sic, ne facientes illicitos contractus poenam subeant*". Abad Panormitano: "*an Notarius debeat scire iura? Videtur quod sic, cum in multis debet esse cautus... Item punitur si conficit instrumentum de actu a iure reprobato*"; *Commentaria in Secundam Secundi Decretalium Libri Partem, Venetiis, MDLXXVIII, 1, Si scripturam*, nº 7, fol. 118 v. Baldo: "*ut Notarius possit conficere instrumentum, quatuor requiritur, scilicet facti commissio... rei cognitio... iuris permissio, id est quod instrumentum conficiat de permissis, non prohibitis... item, testium praesentia et rogatio*"; Cfr. "Baldi Ubaldi Perusini Iurisconsulti... in IIII et V. Codicis Librum Commentaria, Venetiis, Apud Iuntas, MDCXV; comentario a la rúbrica *De fide instrumentorum*, 4.21, nº 28, fol. 56v.

(30) Sirva de ejemplo la de 1751, *Instrucción formada por los Señores del Consejo*, "en consecuencia de lo resuelto por Su Majestad, de lo que más principalmente deben observar los Escribanos del Número, Ayuntamiento y Notarios de estos Reynos, conforme a lo prevenido por las Leyes y Autos acordados que en ella se citan", f. 24.

(31) FEBRERO, José, *Librería de Escribanos e Instrucción Jurídica Teórico Práctica de Principiantes*, 1ª. III, XVI. 17; Consejo del Notariado, Madrid, 1990, facsímil de la edición de 1789.

(32) MANZO, Giuseppe, "Sull'art. 28 N. 1 de la legge notarile", *RivNot*, 1947, p. 441.

(33) ATLANTE, Matilde y PANVINI ROSATI, Massimo Maria, "Un nuovo ordinamento del Notariato adeguato all'attuale realtà sociale", *RivNot*, 1976, p. 1316.

(34) PERLINGIERI, Pietro en *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Universidad de Camerino, 1976, p. 1.

(35) MORO, Giuseppe, en la op. cit. en la nota anterior, p. 57.

(36) DONISI, Carmine, "Il notaio ed il controllo di leicità del regolamento negoziale", *Riv-Not*, 1975, p. 1148.

(37) Citado en SAVIO, Giuseppe, "La funzione notarile", *RivNot*, 1976, p. 1370, calificándola de "felicísima frase".

na ha mantenido una interpretación sin límites del artículo 28.1³⁸, mientras que en la doctrina surgen voces discrepantes; "los actos prohibidos son los actos vetados, eso es, los actos que la ley manda no realizar", afirma Irti³⁹; "los actos nulos no son, como tales, actos vetados, sino actos a los cuales, por una u otra razón, la ley rehúsa su propia protección", y la dicción legal no es casual, sino que en los trabajos prelegislativos, bajo los Ministros Fani y Aprile, la amplia fórmula inicial fue reducida a los términos que recoge la Ley⁴⁰.

En España, el artículo 1º de la Ley del Notariado autoriza al notario "para dar fe, conforme a las leyes"; "sólo" conforme a las leyes está, pues, autorizado el notario para dar fe; conforme a las leyes de Derecho notarial que regulan la dación de fe en las diversas formas documentales y conforme a las leyes del Derecho sustantivo, civil, mercantil, etcétera, que regulan el negocio contenido en el instrumento público, aspecto este último en que seguramente no pensaron los legisladores de 1862. Por su parte el Reglamento Notarial, ya desde 1921, recoge en el actual artículo 145 el principio de legalidad con la mayor amplitud; el notario deberá "negar la autorización notarial (...) cuando el acto o el contrato en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o se prescindiera por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos"; si bien en el documento no tiene que consignarse expresamente más que el juicio de capacidad, "la afirmación, a juicio del notario, y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes –según el artículo 156.8ª, reiterado en el 167–, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera".

La amplitud de nuestro artículo 145 es, pues, ilimitada. Cualquier grado de ineficacia es suficiente para que el notario deba rechazar la autorización; incluso cuando derive de la contradicción con el orden público, omitido en el artículo 145 porque, como dijo González Enríquez⁴¹, el precepto reglamentario "viene a recoger en sustancia los límites a la autonomía privada señalados en el artículo 1255 del Código Civil".

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que se trata de un juicio de legalidad, que en manera alguna puede extenderse a un control de mérito⁴²; el notario queda en este

(38) BARALIS, Giorgio y METTIERI, Gennaro, "Ancora sull'collegamento tra l'art. 28 L.N. e l'art 54 R.N.", *RivNot*, 1983, pp. 841-54.

(39) IRTI, Natalino, "Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto", *RivNot*, 1996, p. 339.

(40) DELMEDICO, Michele, "Gli atti espressamente proibiti dalla legge ex art. 28 N.1 legge notarile", *RivNot*, 1982, especialmente pp. 714-15.

(41) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel, "El deber de imparcialidad del Notario", *Jornadas Notariales de Poblet - Años 1962-1971*, Barcelona 1974, p. 156.

(42) La posición amplificadora es defendida en la doctrina italiana, entre otros, por Perlingieri, Cantelmo y Andriani Tamborlini. Cfr. PERLINGIERI, Pietro, op. cit. supra nota 34, pp. 1-2; CANTELMO, Vincenzo Ernesto, "Profilo costituzionale e tipicità della funzione notarile", *RivNot*, 1975, pp. 1125-30; ANDRINI TAMBORLINI, María Claudia, "Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale", *RivNot*, 1977, p. 490.

Posición intermedia es la de Sabatino Santangelo: "El control-rechazo, por ejemplo, no siempre podrá ser posible a través del juicio de mérito"; cfr. SANTANGELO, Sabatino, "La funzione notarile oggi", *RivNot*, 1977, p. 946.

último ámbito limitado a la función de consejo, pero sin que le sea posible denegar su intervención si el consejo no es aceptado por las partes.

La función privada del notario modaliza también esta función pública de control de legalidad, porque le permite penetrar en el fondo mismo del negocio y detectar defectos que hubieran pasado inadvertidos a un documentador de otro tipo. Pero más trascendente es el aspecto cualitativo; la función privada del notario viene a superar el aspecto negativo de todo control, para colaborar positivamente en el hallazgo del medio jurídico más adecuado para dar satisfacción dentro de la ley a los intereses empíricos de las partes. La función pública, por su parte, su condición de funcionario u oficial público, modaliza la actividad profesional del notario como controlador de la legalidad, al estar más obligado a la defensa del ordenamiento jurídico.

La idea de autenticidad resulta afectada; ya no puede referirse sólo a los hechos; hay una autenticidad de fondo⁴³ y, es más, como escribió Núñez-Lagos⁴⁴, la "historia del documento notarial es la historia de su progreso en cuanto a su contenido", es la conquista de esa autenticidad de fondo.

Las mismas expresiones de "calificación" y de "control" sólo son acertadas parcialmente, en cuanto a los elementos (poderes, autorizaciones, títulos, etcétera) que las partes aportan al notario, pero no respecto del negocio, en el que tiene que colaborar, incluso cuando se pretenda un otorgamiento según minuta o la elevación a escritura pública de un documento privado, según dispone el artículo 147.2 del Reglamento; nadie califica o controla, en efecto, su propia actuación.

11. El instrumento público, como un todo, produce una eficacia que puede llamarse "sintética", prevalente en la esfera extrajudicial, pero que también se da en el proceso hasta que sea debidamente impugnado y se imponga su consideración "analítica", en vista de su posible ineficacia⁴⁵. Esta eficacia en bloque del instrumento público implica un momento o elemento unificador de todas las actuaciones que en él se han desarrollado.

El gran procesalista Satta⁴⁶ entendió que esa unificación se producía por un "juicio" del notario:

(43) Cfr. NUÑEZ LAGOS, Rafael, "Documento público y autenticidad de fondo", *Revista del Notariado*, mayo de 1947, y *Estudios de Derecho Notarial*, II, págs. 183-207. También el Coloquio celebrado el 14 de marzo de 1986 en la Universidad Católica de Lovaina bajo el lema "Société - Notariat - Université", *Vers une autre authentification?*, Actas, pp. 145 y ss.

(44) NUÑEZ-LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*, Madrid, 1950, p. 63 y *Estudios de Derecho Notarial*, I, p. 510.

(45) Cfr. mi ponencia para el VII Congreso Internacional del Notariado Latino, Bruselas, 1963, "Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial", *RDN*, 41-42, julio-diciembre 1963, pp. 71-183; *Centenario de la Ley del Notariado*, 2ª, II, pp. 679-786; y *Escritos Jurídicos*, III, pp. 149-224; especialmente nros. 27 y 28.

(46) Satta, Salvatore: "Poesía e verità nella del notaio", *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, p. 269.

La verdad es que sólo comprendiendo que el acto del notario, el documento público, es esencialmente juicio, se comprende qué cosa sea el notario; se comprende sobre todo, en su profunda razón, la fe que acompaña al documento redactado por él, que no es un añadido externo y convencional, una simple fuerza probatoria, para entenderse, sino que es la expresión misma de la función, esto es, de la asunción pública de la voluntad privada, del valer de ésta como voluntad general, en que consiste el juicio.

Esta consideración del instrumento público como "juicio" ha arrastrado mayoritariamente a la doctrina italiana, pero rebajando un punto de partida que debería haber llevado, por lo menos, a una teoría de la función notarial como promulgadora de normas de autonomía privada⁴⁷, y reconduciéndolo a nivel procesal, en difícil parangón del instrumento público con la sentencia judicial: "el Juez juzga, decide y manda siempre y solamente él –dicen habilidosamente Morello, Ferrari y Sorgato⁴⁸–; el notario a su vez juzga, escoge y por tanto decide; la voluntad, el marchamo final, es de las partes que así asumen, haciéndolo suyo, el juicio del notario y por consiguiente se lo autoimponen".

Definía por su parte Bellver Cano⁴⁹ la autorización del instrumento público como "la sanción prestada por el notario al acto jurídico sometido a su jurisdicción" y "comprende la imposición de la fe notarial respecto al cumplimiento de todos los requisitos legales exigibles al acto notariado". Despojemos a esta doctrina de Bellver⁵⁰ de su ropaje jurisdiccional, que es lo que la aproxima a la posición de Morello, Ferrari y Sorgato, y quedémonos con el grafismo de la denominación de "sanción", que era ya la terminología de Fernández Casado⁵¹, y es modernamente utilizada por Manuel de la Cámara⁵²: "La autorización es la sanción que el notario presta al documento".

La eficacia sintética o en bloque del instrumento público, en efecto, tiene que basarse en una actuación unitaria de su autor, el notario; el concepto de unidad de acto también lo exige, porque todas las aseveraciones y juicios contenidos en el instrumento van referidos a su momento final, a la autorización, y si ésta no llega a producirse quedan sin efecto, según ya disponía la ley Contractus de Justiniano (Código, 4.21.17; Instituciones, 3.23, pr.).

(47) Otero Peón ha sostenido entre nosotros esta teoría que podemos denominar *de la promulgación*: "La función notarial tiene como misión incorporar las normas creadas por los particulares, en uso de esa libertad que resulta esencial en la organización social (...) al mismo ordenamiento jurídico que rige la sociedad"; pues bien, la "misma misión que tiene la promulgación respecto de las leyes generales dictadas por los órganos legislativos del Estado, la tiene la función notarial respecto de las normas jurídicas elaboradas por los particulares, con las diferencias naturales de matiz". OTERO PEÓN, Manuel, "En torno al Notario y a la función notarial", *RDN*, 84, abril-junio 1974, pp. 117 y 119 respectivamente.

(48) MORELLO, A., FERRARI, E. y SORGATO, A: "L'Atto notarile - Evoluzione dell'atto notarile -Il documento notarile - Il processo notarile", Milano, Giuffré, 1977, p. 457.

(49) BELLVER CANO, Antonio, p. 357 de la "Legislación Notarial de Mateo Azpeitia Esteban", Madrid, 1930.

(50) BELLVER CANO, Antonio, *Principios de Régimen Notarial Comparado*, Madrid, 1930, p. 17.

(51) Fernández Casado, Miguel: *Tratado de Notaría*, I, Madrid, 1895, p. 562.

(52) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, *El Notario latino y su función*, Primer Premio Internacional instituido en la República Argentina para conmemorar el 75º aniversario de la *Revista del Notariado* de la Capital Federal; *RDN*, 76, abril- junio 1976, pp. 65-321; las palabras citadas, en p. 230.

El notario realiza esta autorización en el instrumento público, que es un documento escrito, también por escrito, "con su firma, y con la rúbrica y signo", según el artículo 19.1 de la Ley, "signando, firmando y rubricando", como en un triple gerundio expresa el Reglamento, artículo 196.2. Pero un momento final, tan trascendente, es preciso que sea narrado en el documento, y así lo dispone un precepto de gran raigambre reglamentaria, el artículo 188: "No es preciso que el Notario dé fe en cada cláusula de las estipulaciones o circunstancias que, según las leyes, necesiten este requisito". Bastará que consigne al final de la escritura la siguiente o parecida fórmula: "Y yo, el Notario, doy fe de conocer a los otorgantes (o a los testigos de conocimiento en su caso, etcétera) y de todo lo contenido en este instrumento público". Con ésta o parecida fórmula final se entenderá dada en el instrumento de todas las cláusulas, condiciones, estipulaciones y demás circunstancias que exijan este requisito según las leyes. No se trata, pues, solamente de evitar un feísmo, "dando fe por trozos" que decía Novoa⁵³, puesto que el acto de autorización, por el que se da la fe, es un acto unitario.

En esta dación de fe están incluidas, por tanto, las aseveraciones y los juicios; "intrínsecamente -escribe también Cámara- (la autorización) consiste en las declaraciones del Notario que se refieren a la veracidad y a la legalidad del documento"⁵⁴, pues la fe pública tiene un sentido genérico, que excede a la esfera de los hechos, y que está vinculado a la eficacia sintética del instrumento público, a la autoridad del documento, en expresión de Couture⁵⁵.

Finalmente, y en cuanto a su naturaleza, esta dación de fe o autorización no consiste en un "juicio", sino en una "declaración" del notario de que el documento cumple todos los requisitos legales, y recibe por ello la cualidad de instrumento público, y de que el notario, simultáneamente, asume su autoría; sin perjuicio de que, en una visión analítica, cada parcela del documento tenga la eficacia que conforme a su naturaleza le corresponda. Es, pues, el notario, el que "da fe" del documento, el que "atribuye fe pública" al documento, como dicen incluso literalmente los textos legales, en uso del "poder de dar fe" (Sanahuja) o de la "potestad de autorización" (Cámara)⁵⁶, que el notario tiene en virtud del Ordenamiento.

(53) NOVOA SEOANE, Ramón, *El progreso del instrumento público*, 2ª ed., Madrid, 1910, p. 273.

(54) CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, op. cit. supra nota 52, pp. 230-231; a continuación reduce la dación de fe general "a la exactitud de los hechos que el documento narra" (p. 231).

(55) COUTURE, Eduardo J., *El concepto de fe pública*, Montevideo, 1947, p. 31.

(56) SANAHUJA Y SOLER, José M., *Tratado de Derecho Notarial*, Barcelona, 1945, I, págs. 231 y ss.; Cámara, op. cit. en nota 52, pp. 226-27.

Contra, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, Manuel, MANRIQUE ROMERO, FRANCISCO y MOLLEDA FERNÁNDEZ LLAMAZARES, José Antonio, "Comprobación notarial de hechos", ponencia para el tema 4º del *X Congreso Internacional del Notariado Latino* - Montevideo, 1969, *RDN*, 64, abril-junio 1969: "No es el notario quien hace la «fe pública» o «autenticidad». La «autenticidad» o la «fe pública» la hace, o mejor, la da, en su caso, el ordenamiento jurídico. El Notario «hace» algo a lo que el ordenamiento jurídico liga unos determinados efectos", pone "los presupuestos precisos para que un hecho o situación jurídica produzca, por imperativo normativo, una determinada eficacia" (p. 281).